



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	メタファの力による” muddling through” 政策バイアス vs. 認知バイアス : 「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」総括報告
Author(s)	田村, 善之
Citation	新世代法政策学研究, 20, 89-111
Issue Date	2013-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52486
Type	departmental bulletin paper
File Information	20_02.pdf

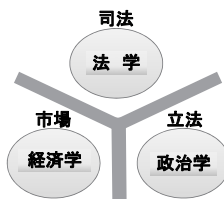


メタファの力による“muddling through”: 政策バイアス vs. 認知バイアス —「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」 総括報告—

田 村 善 之

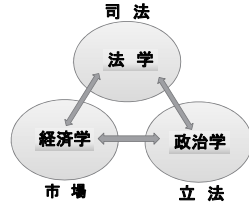
1 序

グローバルCOEプログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」の大きな目標の一つが、経済学、政治学、法学の役割分担をどのように考えるのか、ということでした。この点に関して、在来の伝統的な法学のなかには、市場がうまくいき、かつ立法もうまくいっているということを（暗黙の）前提にした上で、出来上がった立法の解釈論の研究に終始するものが少なくなかったように思います。もしかすると、法学者の中では、経済学、政治学との役割分担の在り方として、経済学は経済学で垣根を作ってその中で独自の完結を目指し、政治学は政治学で垣根を作ってその中で独自に完結した解決を目指し、法学は法学で独自の解決を目指すという形での役割分担を暗黙裡のうちに成していた方が少なくなかったのかも



※ 本稿は、2012年11月24日に北海道大学において開催された本拠点のグローバルCOEプログラム総括シンポジウム“Establishing a New Global Law and Policy for Multi-Agential Governance”における筆者の英語報告と、2012年12月20日に北海道大学法学会における筆者の日本語報告に基づいている。

しれません。その結果、それは、立法過程あるいは政策形成過程は政治学に任せ、法学は立法によって出来上がった法律を淡々と解釈する。その際に、法が市場との間にどのように相互作用を及ぼしあうのかということには関心を示さない、というアプローチが主流を占めていたといえるかもしれません¹。



しかし、知財の世界で顕著のように、特に外部性に関わるような複雑な問題にあっては、市場はけっして完全ではなく、さりとて政策形成過程にもバイアスがかかるとなると、個別の領域だけで100点をつけることができるような完全な解を得ることは困難となっています。そのようななかで、法学、経済学、政治学がそれぞれ自己完結的な解決を目指したのでは40点や30点など赤点かそれ以下のような解しか得られないかもしれません。そ

¹ 東京大学の21世紀COEプログラム「国家と市場の相互関係におけるソフトロー・ビジネスローの戦略的拠点形成」の成果であるソフトロー研究叢書第1巻の巻頭論文で、藤田友敬「はじめに」『ソフトローの基礎理論』（2008年・有斐閣）1～2頁は、従来の実定法学に対して、次のように厳しい指摘をなしている。

「実定法研究者のほとんどは、成文法の条文解釈や判例の研究に主たる関心をもち、ルール形成のダイナミクスを見る目—例えば国家法がいかなる政治過程を経て作られ、いかなる集団の利害がいかに反映し、その結果できたルールはどういう性格を帯びており、現実がいかなるパフォーマンスを果たしているか、外部性は発生させていないか、といった政治経済学的、公共選択的な視点をしばしば欠いてきた。」

「それにもかかわらず実定法学の『研究』ができてきたのは、民主的な手続きを経て作られた法律（ハードロー）の場合、正当性や拘束力等を一応所与の前提とすることが許されるため、実定法によって採用された一定の規範的な前提を出発点にして、そこから条文操作、論理整合性、場合によってはある種の実践的バランス感覚によって議論を展開してきたからである。」

こうした問題意識は、本報告も共有するところである（私法学会シンポジウムの報告原稿である田村善之「競争政策と『民法』」NBL 863号86～87・92～93頁（2007年）と、藤田友敬〔コメント〕「競争秩序と民法」私法70号11～16頁（2008年）、内田貴〔コメント〕「競争秩序と民法」私法70号5～7頁（2008年）、森田果〔発言〕私法70号56～57頁（2008年）を参照）。

ここで、相互に垣根をまたいで、互いに足らざるところを補い合いながら解決を目指すというインタラクティブな手法をとることにより、100点とはいわないまでも、なんとか60点とかそれ以上の及第点をとることを目指すべきではないだろうか、と思われてくるのです²。

2 法学固有の方法論を求めて

1) 経済学に対する「アイデンティティ・クライシス」

しかし、このように法学以外の他の学問を活用するとすると、逆に、法学の独自の意味、法学の存在意義がどこにあるのだらうという、「アイデンティティ・クライシス」³が生じることになります。特に本拠点では、

² もちろん、平井宜雄『法政策学』（第2版・1995年・有斐閣）〔初版・1987年・有斐閣〕を嚆矢として、実際にそのような研究は以前から存在している（その位置づけに付き、藤谷武史『法政策学』の再定位・試論—『新世代法政策学』の基礎理論の探求—新世代法政策学研究9号（2010年）、瀬川信久『民商の壁』を超えるために—新世代法政策学研究7号（2010年）、大村敦志「紛争解決の民法学から制度構想の民法学へ」『民法学における法と政策』（平井宜雄古希・2007年・有斐閣））。さらに、田村善之「知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリスト1405号26頁（2010年）では、少なくとも英語文献に関する限り、知的財産法学においては、国際的には次のような試みが一つの潮流となりつつあることを指摘した。

「多国籍企業等によってどんどん知的財産法が強化されているという知的財産法制度の政治的な現実、立法に民主的な正当性が備わっていることを前提に、その政策形成過程をブラックボックスとしたまま、出来上がった条文の解釈に終始する伝統的な法解釈論により対処する限界を意識させることになり、特に英語文献の知的財産法学においては、市場と法の役割分担ばかりでなく、知的財産法制度の政策形成過程というプロセスにまで立ち入った新たな方法論が模索されはじめている。筆者が提唱する知的財産法政策学もその一つに他ならない。」

³ 得津晶「負け犬の遠吠え—多元的法政策学の必要性またはその不要性」新世代法政策学研究1号（2009年）、同「民商の壁—商法学者からみた法解釈方法論争」新世代法政策学研究2号（2009年）の元となる報告に接した尾崎一郎「トートロジーとしての法(学)?—法のインテグリティと多元分散型統御」新世代法政策学研究3号192頁（2009年）の感想。

経済学に対する法学の独自性の意義が議論になりました。そこで、定期的に事業推進担当者によるワークショップを重ね、その成果を主として「多元分散型統御の基礎理論を目指して」と題する「リレー連載」という形で、本誌新世代法政策学研究に公表しています⁴。

その成果を私なりに概括すると以下の3点に収斂させることができます。①(法と)経済学といえども決して万能なものではなく、現在の複雑な経済社会にあって、フロム・スクラッチでゼロから制度を構築することは困難であり、現実の社会の事象のうち、かなりの程度のものを所与としたうえで(あるいはベイスラインとしたうえで)、そこから一定の条件を変化させる介入を行った場合にどのように社会が変化するのかということを勘案しながら漸進的な解を目指さなければならない以上、このベイスラインの設定において経済学以外の判断、たとえば規範的な判断を介在させざるを得ないこと⁵、② 第二に、同じく(法と)経済学に依拠する場合でも、

⁴ 「リレー連載」は、形式的には、得津・前掲注3・新世代法政策学研究2号を初回として、田村善之「muddling throughとしての法政策学—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』中間報告—」新世代法政策学研究10号(2011年)を最終回とするが、実質的には、この企画の契機となった新世代法政策学研究1号に掲載した創設記念シンポジウムにおける諸報告と得津・前掲注3・新世代法政策学研究1号を嚆矢とし、総括シンポジウムの報告を活字化した本報告と本誌本号掲載の藤谷論文をもって結びとされるべきものである。

⁵ 得津・前掲注3・新世代法政策学研究1号359～366頁。同論文は、自由に弊害があり市場に失敗がある場合に限って、しかも、政府の介入により改善する場合に限って、政府の介入が認められると考える、法と経済学の特定の立場に、「便宜的に」「藤田＝森田ライン」という名称を与える(同346～347頁)(これは、藤田・前掲注1・私法70号、森田・前掲注1に代表される一連の著作を念頭に「デフォルメ」したものであって、両者の手法はこれに尽きるものではないが、議論のために仮想した考え方とされる)。そして、現代社会があまりにも複雑になり過ぎており、制度が何もない、完全に自由な自然状態を、法的な介入のない「基準点(ベースライン)」とすることはできない。したがって、「藤田＝森田ライン」を現実適用して何らかの制度を作ろうとする場合も、議論の出発点となる自然状態ないし基準点をどこかに設定し、漸進的に当該制度の得失を論じることになるはずである。ゆえに、「藤田＝森田ライン」であっても、そのベースラインの設定を先行させなければならない。それは、現代の複雑な社会を前提とする限り、法と経済学ではできない。そこ

しばしば効率性の改善の程度が検証不可能であり、したがって、制度の正当化根拠として効率性に依拠するだけでは、その検証が困難であるという問題が随伴するので、やはり経済学以外の正当化根拠を必要とせざるを得ない場合は決して少ないとはいえないこと⁶、③ 第三に、経済学に限らず自然科学も含めて、絶えず変化する科学的知見のみに依拠して裁断することには規範的な脆弱性が随伴するものであり、ゆえに、やはりそれを補完するものとして科学的知見以外のなにものかの正当化法を探究する意味があるのではないかということ⁷、という3点において、隣接諸学に対す

に、法学が食い込む余地があるかもしれない、と論じている（同359～366頁）。

⁶ 本拠点の前身である21世紀COEプログラム「新世代知的財産法政策学の国際拠点形成」の成果となる、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号4～5頁（2008年）は、同じく同プログラムの成果となるNari Lee（田村善之訳）「効果的な特許制度に関する多元的理論の試み（2）」知的財産法政策学研究15号161～164頁（2007）に依拠して、特許制度のように制度の積極的な根拠が効率性に求められるべきことについて議論がほぼ収束しているような分野ですら、特許制度が存在すべきかどうかという大きな話から、個別的な制度改革を施すべきかどうかというかなり小さな話をなす場合を含めて、いずれの場合においても、特定の改革によって実際に効率性が改善したのかどうかということについて実証研究を施しても、確たる答えを得ることが難しいことを指摘した。なお、特許制度がイノベーションに貢献しうるものであるのか、貢献しうるとしてどの程度のものなのであるのかということに関しては、近時、実証研究の蓄積が見られ、市場先行の利益や信用、秘密管理等、特許以外の市場に存在するインセンティブのほうがかばしば特許よりも重要な役割を果たしていると推察されること、とはいえ産業分野別に特許制度の効果は異なることなど、一定の知見が得られつつある（田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (1)」知的財産法政策学研究35号（2011年）の俯瞰を参照）。

⁷ 藤谷武史「プロセス・時間・制度—新世代法政策学研究のための一試論—」新世代法政策学研究1号57頁（2009年）、同「より良き立法」の制度論的基礎—序説—アメリカ法における「立法」の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究7号191～192頁（2010年）は、たとえば原子力規制や遺伝子組み替え技術における安全性など、科学的知見というものが不変なものではなく、学問の進展に伴って絶えず変化していく性質を有するという点に注意を喚起し、ゆえに、裁判で科学的知見だけに依拠した判断に基づいて判決を下すと、将来、当該科学的知見が学問的な正当性を失ってしまったときに、裁判の正当性も動揺することになりかねない。この点にお

る法学独自の意義があるのではないかというものです。

それでは、法学は、隣接諸学にない方法で、どのようにしてこれらの課題に対処しようとしているのかということですが、法学の特徴というものは、時間と歴史の中で、過去にこのようにしていたということを踏まえたうえで、ゆえに今回はこのようにするという形で、既存の制度との整合性あるいは法のインテグリティ⁸を可能な限り保ちながら、漸進的にトライ＆エラーのプロセスを繰り返すなかで、可能な限り「正解」に接近する（あるいは接近する振りをする）営為である、というところに求められるのではないかと考えられます⁹。これを一言で表現すると、本報告の標題に

いて、科学的知見に依拠した正当化には規範的な脆弱性がある、と指摘する。

⁸ ロナルド・ドゥウォーキン（小林公訳）『法の帝国』（1995年・未來社）〔特に93～99・353～363頁〕。内田貴「探訪『法の帝国』—Ronald Dworkin, LAW'S EMPIREと法解釈学（1）」法学協会雑誌105巻3号233～235・246～253頁（1988年）、尾崎・前掲注3・194～213頁。

⁹ 参照、藤谷・前掲注7・44～62頁。もっとも、ここで「正解」といったり、あるいはドゥウォーキン・前掲の説く「integrity」という用語を持ち出したからといって、ただちに本稿が、「正解」なり「integrity」なるものをして、すでに存在し、ただ発見されるのを待っているものとして措定することを意図しているわけではない。たとえば、大屋雄裕『法解釈の言語哲学 クリプキから根源的規約主義へ』（2006年・勁草書房）は、法解釈を正解を探すゲームではなく、議論と対話により、絶え間なくその兆しを見せる綻びに抗しながら、暫定的かつ漸進的に、ゆえに不断に、問題を脱文脈化し普遍性を創造していく営為として捉えている。むしろ、こちらのアプローチのほうが、後に本稿が法概念というメタファについて論じるところから明らかなように、本報告が志向する **muddling through** と共鳴するところが多い。ゆえに、以下、やや詳細に同書の論旨を紹介しておく。

同書は、公理と推論規則のみを取り決めれば（同書は「規約すれば」という言い回しを用いる）無数の定理を導出しうるとする限定的規約主義（modified conventionalism）ではなく（同書137頁）、規則の適用は全て直接的に規約することでしか論証しえないとする根源的規約主義（radical conventionalism）に立脚したうえで（同書6・140頁）、論証とは、私が行為と規則間の意味連関を見出し、それを異論を申し立てた者に提示する意味制作というプロセスによって制作された「規範物語」が、一義的には異論者に対して、さらに第三者に対して公認されることを求める営為であると述べる（155頁）。そのようななかで、法の特徴は、一人称において語るしかないような事柄を用いる正当化の様式（ex.「私がその服を買いいたいから、その

掲げた muddling through ということになります¹⁰。

服を買う」（田村作成例）を排除し、三人称的な観点から記述するところに特徴がある（172～173頁）。換言すれば、論理的な導出（に見える説明）を利害関係や純粋な選好に依存する説明より好む（「具体的な誰かが登場してはならないのだ」。196頁）。もっとも、〈我々〉が解釈結果を共有するとすれば、その日常生活の大半は、自然に、盲目的に規則に従い、あるいは規則に反するという形でよどみのない法適用に満たされているために、法の解釈が必要とされるのは、よどみが生じる例外的な場合であり、その場合でも、相互検討と批判という対話のプロセスを通じて、解釈と説得のゲームによってそれを消失することができれば、依然として、〈我々〉は、解釈結果を共有する〈我々〉たりうる。ゆえに、〈我々〉の存在をかくうじて保つためには、絶え間ない解釈とコミュニケーションが必要となる（174～175頁、裁判の位置づけについて196頁）。このように、根源的規約主義に立ち、客観的な解釈や意味といったものを根拠とすることができないことを承認する場合には（201頁）、解釈は意味の認識ではなく、意味の制作ないし物語の制作に他ならず（168頁）、議論と対話は、すでに存在する正解を探すゲームではなく、普遍性を創造する営為、問題を脱文脈化するプロセスとして行われる（200頁）。客観的な解釈や意味を根拠にできず、無数の解釈が可能であるとすれば、議論と対話の基盤は常に崩壊の危険に瀕している。ゆえに、我々の社会が社会として機能し、我々の生活が可能となるためには、我々の現実認識、我々の言語使用であり、体系的に理解しようとする我々の脱文脈化への努力、普遍性を創造する営為が必要となるとする。

¹⁰ これは、経済学者の Fritz Machlup Machlup(1958), THE ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM (U.S. Senate, Committee on the Judiciary Study No. 15, 1958) 80 (1958) [邦訳：フリッツ・マッハルプ（土井輝生訳）『特許制度の経済学』（1975年・日本経済新聞社）189頁] が、特許制度を存続させるべきかどうかということを論じるアメリカの上院の委員会に対する報告書のなかで最後に結びに使った、知的財産法学の世界では有名な言葉である。

「システムが、（その一部の特徴に対比される意味での）「全体」として善いか悪いかよく分からないときに、一番安全な「政策的な結論」は、何とかやりすごしていくということである（muddling through）。その場合、長きにわたってそれとつきあってきたのであれば、これからもおつきあいをつけ、逆に、長きにわたってそれなしに生きてこられたのであれば、これからもそれなしでなんとかしていく。そして、かりに我々が特許制度を持っていなかったとしたならば、今現在の我々の知見に基づいて特許制度を導入すべきだと主張することは非常に無責任だろう。しかし、我々はすでに特許制度を長きにわたって持っている。そうすると逆に、現在我々の知識でこれを廃止しろというのも、また無責任だろう。」（翻訳は筆者による）。

2) 包摂モデルによる muddling through

以上のような既存の制度と整合性を図りつつ、漸進的な接近、まさに muddling through を可能としている法の特徴が、法的思考様式、つまり法概念を用いた包摂モデル¹¹です。

現実には生起する事象というのは、千差万別であってそれぞれの事象ごとに異なるものであるはずなのですが、そういったものの枝葉を捨象して、元来は異質なものを既存の法概念の中に包摂することで、本当は違うものを等しく扱っているかのごとくフィクションを作り、もって漸進的な変化を可能とすることが、法学独自の法的思考様式の他の学問にない特質なのではないかと思うわけです。

そのうえで、例えば外部性が課題となる場面では、この法概念というメタファのところで、功利性のある程度達成し得るものであって(マクロ正当化)、かつそれだけではなく、訴訟において適用可能であること、そして最終的には、当事者が納得しやすい(ミクロ正当化) 概念を設定していくということになります。

たとえば、知的財産法の領域では、先ほど申し上げたように、特定の制度の導入により効率性が改善したか否かの判断が非常に困難であることに加えて、将来における動態的効率性(特許のインセンティブによって促進される効率性の増大)と静態的効率性(特許という排他権がもたらす効率性の低下)のトレード・オフという世代間衡平性の問題¹²すら生じます。その結果、個別の創作された成果に関して、特許制度の目的である産業政

要するに、制度が存在する以上、そこをベースラインとして、その中で起こってくる不都合を muddling through していくしかないという話となるから、ここには組織が存在することによって制度の選択が制約されていくという経路依存性の問題が関わっている(ダグラス・C・ノース(竹下公視訳)『制度・制度変化・経済成果』(1994年・晃洋書房)97～155頁)。

¹¹「フィクション」(得津・前掲注3・245頁(2009b))、“a construct of the mind”=“mental constructs” (PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY 18 (Dartmouth, 1996) [山根崇邦訳「A Philosophy of Intellectual Property (1)」知的財産法政策学研究34号27頁(2011年)と呼んでもよい。

¹² 鈴木興太郎「世代間衡平性の厚生経済学」同編『世代間衡平性の論理と倫理』(2006年・東洋経済)10～12頁。

策に鑑みて、それについてフリーライドを禁止したほうが望ましいのか否かという判断をなすことは、ヘラクレス¹³ですら困難を覚えそうです。そのような中で、知的創作物ないし発明というフィクションには、このような目的手段思考様式ではなく、発明に該当するか否かという当てはめの問題、つまり、法的思考様式に転換してしまうという機能があります。このような問題設定の転換により、結果的に当該規制がどの程度効率性に資するのかということではなく、発明に該当するかという包摂モデルでの正当化が可能となっています。したがって、たとえばコンピュータ・プログラムであるとかバイオ・テクノロジーなどに代表されるように、新たに特許制度のなかに取り組んでいくべきか否かということが問題となるものは様々にあるわけですが、これらが抽象的な概念としての発明に含まれるとすると、特許権の付与が正当化されることになります。そのことの善し悪しは別途、議論する必要がありますが¹⁴、このように発明というメタファを用いることには、このような形で議論を収束させる、悪くいえば停止させるという効用があるということです。

この場合、最終的な正当化は、「等しきものは等しく扱え」という命題に求められていることになります¹⁵。しかも、本当は等しくないかもしれないにも関わらず、実際の事象を抽象化した発明なり知的創作物なりといったメタファが用いられることにより、等しくないかもしれないものも等しいかの如く装うフィクションが成立し、それにより正当化が図られていることになります¹⁶。これが法的思考様式の包摂モデルによる正当化で、

¹³ ドゥウオーキン・前掲注 8・373頁。

¹⁴ たとえば、既存の特許制度の正当化根拠に囚われることなく、完全に新たな特許制度のモデルを構築することを試みているようでいて、じつは、既存の特許制度が用意した「発明」という事象の括り方を無意識的に前提としてしまうということは、実際に起こりうることである（田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (3)」知的財産法政策学研究39号293頁（2012年））。

¹⁵ 長谷川晃「〈リーガルガバナング〉の観念—多元分散型統御の法的条件に関する法哲学的スケッチ」新世代法政策学研究 6 号263頁（2010年）は、「類似の事例は類似の仕方では判断されるべきである」という正義要件の存在を説き、ゆえにメタ倫学的な個別主義（particularism）を貫徹することには無理があることを指摘する。

¹⁶ 松浦好治『法と比喩』（1992年・弘文堂）121～122・124～125頁は、法規範が普遍

法制度の漸進的な発展か、少なくともそのための試行錯誤は可能としている、ということになります¹⁷。

3 政策形成過程のバイアス対策

1) 少数派バイアス

しかし、ここでもう一つ大きな課題として立ちはだかるのが、muddling throughを実現する一翼を担う立法過程、政策形成過程にバイアスが存在するということです。

バイアスの問題が構造的なものであることは、公共選択論における集合行為の問題として広く知られているところです。これは利益が広汎に拡散しており、たとえば著作物の私的なユーザーのように利益に関わる集団が大きくなればなるほど、組織化するコストとフリー・ライダー問題が生じます。そういったフリー・ライダー問題が生じる結果、奇特な方でもない限りは、一般的にはなかなか政治的に動かないという問題があるので、集団が大きくなればなるほど、そして利益が拡散していればしているほど、集団内の個人は集団の利益になる行動に参加することには関心を抱けなくなるといった傾向があります¹⁸。

的な法則の比喩で構造化されていると人々に感得される場合、法規範は全ての人に適用される一般性を有しており、その人の行動が法の定める条件を充足するものである以上、法的効果は当然に発動されるのだと説明することができるように、一部の者に損失を分配することになる法的判断を下す者の心理的な負担も軽減されることを指摘する。

¹⁷ 大屋・前掲注9・iii頁は、法の特徴を次のように言い表している。

「法が扱い、あるいは積極的に作り出す現実とは、世界の物理的な・自然的な・あるいは本質的な存在と照らし合わせてその正否を判断されるようなものではない。むしろ本当はそうではないのに法的にはそうだとすること、つまり人工的な現実を作り出すという手法にこそ、法の解釈という行為の意味があるのではないか。法解釈とは、どこか世界に我々の行為と離れて存在する正解を見つけ出すための手法ではなく、法的な現実を作り出す我々の行為なのである。」

¹⁸ マンサー・オルソン(依田博=森脇俊雅訳)『集合行為論』(新装版・1996年・ミネルヴァ書房)1～79・142～216頁。

この集合行為の問題の結果、引き起こされるのが少数派バイアス¹⁹です。つまり、多数の者に広範に拡散している利益ほど、政策形成過程に反映されることが少なくなる。他方で、少数の者に集中している利益ほど、レント・シーキング活動ということとなりますが、ロビイング等を大々的に行いますので、政策形成過程に反映されるということになります。もちろん、少数の者に集中している利益が十分に大きくて、その総量が多数の者に拡散している利益の総量より大きいのであれば、民主的なあり方としてもそれほど悪い（拡散している利益の保護の問題は残りますが）というほどではないかもしれません。しかしながら、社会全体からみると、往々にして少数の者に集中した利益はそれほど大きな利益ではなく、多数の者に拡散した利益のほうがより大きな利益であるにもかかわらず、少数派の利益のほうが政策形成過程に優先されることが多い、これがバイアスだということになります。

そして、知的財産権の対象として観念される「Intellectual Property」、より具体的には「発明」、「著作物」等のメタファは、この少数派バイアスによる影響を特に受けやすい概念であることが、Peter Drahos 先生によって解明されています²⁰。

たとえば、有体物に関する権利であると理解される所有権の場合は、人が所有権のことを考えるときには、特定の有体物と物理的に接触する利用行為が権利の内容なのだという、概念上、物理的な存在である有体物を中心としたフォーカル・ポイントというものがありますので（ただし、用語の問題として、Drahos 先生自身が focal point という言葉を使用されているわけではありません）、それを超えて無限定にはなかなか拡大しない。拡大しようとする動きがあると、「いや、それは所有権というものとは違うのではないか」といわれるという概念上の歯止めというものがあります。

他方で、知的財産権の場合には、このような、なにがしかの物理的な歯

¹⁹ NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES : CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY, 53—97(University of Chicago Press, 1944).

²⁰ PETER DRAHOS（山根崇邦訳）「A Philosophy of Intellectual Property (8)」知的財産法政策学研究39号247～249・254～255頁（2011年）。

止めをかけるようなフォーカル・ポイントというものはありません。つまり権利の設定の仕方には限定がなく、他者の行為を広範に制約する権利を人工的に設定しうることになります。その結果、経済的な価値を高めるような権利の設定も可能となりますので、利害関係者のロビイングの対象になります。しかも国際的に他者の行為を止めることができるので、その分、ロビイングのしがいもあるということになり、結果的に権利がますます強力なものとなりがちになるという性質があります。

現実には、1980年代からアメリカ合衆国が国際的に知的財産権を強化する方針を採用、各種の手段を通じてその実現に動いたことかきつけとなって、1990年代になってTRIPS協定やWIPO著作権条約、さらには二国間の自由貿易協定等により、知的財産権の保護の水準は国際的に飛躍的に高められています²¹。このような知的財産権の強化の背景に多国籍企業のロビイングが絡んでいることはよく知られています²²。国内に目を転じて、たとえば、著作権保護は、政策形成過程に対する権利者側の関与により、著作物のユーザーの犠牲の下、より高度化する傾向があると指摘されています²³。実際、一般の人々がこの程度のものだろうと考えている著作権法

²¹ 高倉成男『知的財産法制と国際政策』（2001年・有斐閣）115～150・178～183・309～318頁、Peter K. Yu（青柳由香訳）「国際的な囲い込みの動きについて(1)～(4)」知的財産法政策学研究16～19号（2007～2008年）、山口直樹『知的財産権と国際貿易』（2010年・成分堂）・55～119頁。

²² PETER DRAHOS & JOHN BRAITHWAITE, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY? (Earthscan, 2002), Peter Drahos（立花市子訳）「知的財産関連産業と知的財産の国際化—独占促進と開発阻害」知的財産法政策学研究3号（2004年）、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test（2）—厳格解釈から柔軟な解釈へ—」知的財産法政策学研究27号149～151頁、同「(3)」知的財産法政策学研究30号掲載予定、理論的な分析として、遠矢浩規『「TRIPS」の共有知識化—構造・過程・主体—』法学研究83巻3号（2010年）、同「知的財産権摩擦の構造—先進国間・南北間の国際利潤移転」知的財産法政策学研究42号掲載予定。

²³ アメリカ合衆国著作権法につき、JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT, 35-69, 144-145, 192-194 (Prometheus Books, 2001)を参照。

また、日本の著作権法の改正につき、改正が票に結びつかないlow salienceの分野では、条約との不適合や既存の法制度の抜本的改革をもたらさない選択肢に対する官僚の選好が前面にでるという仮説を打ち立てるとともに、日本の著作権制度の政策形成過程を題材にこ

と、現実の著作権法の条文の間には無視しがたい乖離が生じているように見受けられます²⁴。

2) ガヴァナンス構造の改革とその課題

知的財産法の世界では、こうした政策形成過程の現実に対して、これを何とか矯正しようとする提案もいくつかなされています。

たとえば、政策形成過程に反映されにくい利益を吸い上げるよう、ガヴァナンスの構造自体の変革を試みる方策として Peter Drahos 先生が提唱したのが、米欧日の三極を中心に展開される国際的な特許制度の強化の流れに対抗するために、途上国の特許庁間のネットワークや、途上国特許庁と同国内の薬事行政を司る公衆衛生当局等、各関連分野の担当官庁とのネットワークの構築を試みる、Nodal Governance 論です²⁵。Lawrence Lessig 先生が提唱したクリエイティブ・コモンズの活動²⁶も、実体的に著作権フリーかより制約の小さい著作物を増やそうというだけではなく、著作権者が当該著作物に関する著作権のあり方を選択し、それを表示する方策を用意することにより、実は政策形成過程になかなか反映されにくい個別の権利者の意向をダイレクトに権利に反映させようとする、すなわち政策形成過程のゆがみを克服する制度として位置づけることができます²⁷。さらに、政

れを歴史的に検証するものとして、京俊介『著作権法改正の政治学 戦略的相互作用と政策帰結』（2011年・木鐸社）がある。

²⁴ アメリカ合衆国法につき、Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29, 34 (1994) ; LITMAN, *supra* note 23, at 192-194, 日本法につき、田村善之「法教育と著作権法—政策形成過程のバイアス矯正としての放任との相剋—」ジュリスト1404号（2010年）を参照。

²⁵ PETER DRAHOS, *THE GLOBAL GOVERNANCE OF KNOWLEDGE – PATENT OFFICES AND THEIR CLIENTS*, 318-340 (Cambridge University Press, 2010).

²⁶ ローレンス・レッシング（山形浩生＝守岡桜）『FREE CULTURE—以下に巨大メディアが法をつかって創造性や文化をコントロールするか』（2004年・翔泳社）、クリエイティブ・コモンズ・ジャパン編『クリエイティブ・コモンズ—デジタル時代の知的財産権』（2005年・NTT出版）。

²⁷ 2008年7月29日に札幌で開催された Creative Commons International が主催する iCommons Summit における講演録である、田村善之「デジタル化時代の著作権制度

策形成下でアクションをとることが困難な側に法制度を合わせて、政策形成下でアクションをとれる側に政策形成を動かすようにさせるために、かつてのアメリカの著作権法の存続期間の更新登録制度など、権利を主張する者が何らかの行動をとらない限り、権利を享受しえない方式(オプト・イン方式)を採用することも考えられます²⁸。

また、相対的にいえばロビイング耐性があり、バイアスがかかりにくい判断機関である司法に政策形成過程のアリーナを移行させる試みとして、Dan L. BurkとMark A. Lemleyは、特許法における非容易推考性(進歩性, 非自明性), クレーム解釈や均等論など, 抽象的な概念に着目し, これを特許法の政策レヴァー(Policy Levers)と称し, ロビイング耐性の強い司法によるイノベーション構造に則した事後的な政策形成を提唱しました²⁹。同じことが、著作権にフェア・ユースという一般的な制限条項を入れるか否かという議論についても妥当します。ルール、すなわち個別の制限規定を立法しようとする、ロビイングの攻撃目標が明確化し、権利者側に有利な方向に収めるという圧力が働きます。その結果、出来上がった制限規定はずいぶん著作権の保護の水準が高すぎるものになりがちなところ、スタンダード、すなわちフェア・ユースで大ざっぱにこれを位置付け、その具体化はよりロビイングに対して耐性があると思われる司法に委ねていくという形でのバイアス対策という視点があるだろうということです³⁰。

ー著作権をめぐる法と政策ー」知的財産法政策学研究23号25～26頁(2009年)を参照。

²⁸ ローレンス・レッシング(山形浩生訳)『REMIX ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』(2010年・翔泳社)249～254頁、Yoshiyuki Tamura, *Rethinking Copyright Institution for the Digital Age*, vol.1-Issue.1 W.I.P.O.J. 63, 72-74 (2009) [田村善之(比良友佳理訳)「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法2010-1 33～34頁(2010年)]、田村善之「デジタル化時代の著作権法のあり方」同『ライブ講義知的財産法』(2012年・弘文堂)425～426頁。

²⁹ Dan L. Burk = Mark A. Lemley (山崎昇訳)「特許法における政策レバー(2)」知的財産法政策学研究15号65～110頁(2007年)。

³⁰ 田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」同・前掲注28・ライブ講義483～485頁、Antonina Bakardjieva Engelbrekt (田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック(2・完)」知的財産法政策学研究23号42頁(2009年)。さらに、最近では、法が私人に浸透していく過程にまで視

しかし、ここに大きな陥穽があります。政策形成過程にバイアスがあるのだとしたならば、上にかかげたようなガバナンス構造の変革はどのようにしたら実現することができるのでしょうか。また、すでに特許法のように、抽象的な要件が法で定められているところでは、法改正を待つことなく、ただちに裁判所による舵取りが（その気になりさえすればという条件付きですが）可能となります。しかし、裁判所は人々の自由を確保するには向いているかもしれませんが、世の中には政治的な責任を負うことが困難な司法に付託するのではなく、より民主的な手続きに委ねるべき課題も多数存在します。

3) 人間の心の本質：利他性・互惠性

この難題を開關するために役立ちそうな一つの示唆を与えてくれるのが、行動経済学や社会心理学の知見です。かりに現実の政策形成過程が熟議型民主主義ではなく闘技型民主主義³¹であると把握すべきものであったとしても、人間は決して自己の利益ばかりを追求するという存在ではなく、利他的な行動や互惠的な行動をなすことが知られているからです³²。この現象の説明としては、ゲーム理論によるものに加えて、利他的な行動を取れる人間が適応上有利であるために生き残ってきたからであるという進化生物学的な説明や、それを裏打ちする神経経済学的な説明など、多角的な分析がなされているところです³³。

野を広げ、行動経済学の知見によって、禁止権のルールを原則とし、制限規定が例外として個別列挙された場合の利用に対する威嚇効果を分析すべきことをも強調して、相対的には開放されたスタンダード型の制限規定の導入を示唆する見解も提唱されている（Matthias Leistner（川田篤訳）「著作権における経済学的調査の寄与—現状の調査と学際的な理論の描写—」知的財産法政策学研究29号26～30・39～40頁（2010年））。

³¹ 船越資晶『批判法学の構図—ダンカン・ケネディのアイロニカル・リベラル・リーガリズム』（勁草書房・2011年）213～226頁。

³² 山岸俊男「集団内協力と評判心理」新世代法政策学研究10号122～129頁（2011年）。

³³ 町野一夫「法政策と経済学—法政策の目的に関するゲーム理論的考察—」新世代法政策学研究5号（2010年）、飯田高『〈法と経済学〉の社会規範論』（2004年・勁草書房）2～8頁。

実際、知財の世界を例にとると、多国間条約の交渉の場面では、多国籍企業の利益のために当該制度を導入するなどという現実の政策形成過程の力関係を剥き出しにした議論があからさまに行われることは稀であり、より「polite」な理屈で背後の利害関係をオブラートに包んだ形で交渉が展開されると指摘されています³⁴。たとえば、TRIPS協定の締結過程では、途上国の説得のために、“piracy”、すなわち知的財産権侵害品は海賊版であるというモラルに訴えるやり方や、それだけではなく、“welfare”、すなわち知的財産権をつくっておくと結局途上国も発展するという議論が用いられたことが知られています^{35 36}。

特に注意を要するのが、このような言説が単なる詭弁ではなく、制度改革をもたらすこともあるということです³⁷。その例として、ドーハ閣僚宣言があります。エイズの流行に対して、エイズ薬を世の中に安く頒布するときに特許権の存在が邪魔になった場合には、いわゆるメジャーではない製薬会社が、他国のために特許薬を製造するために強制実施権制度を用いることをTRIPS協定31条の条文が妨げているように見えることについて、

³⁴ A. Samuel Oddi, *TRIPS - Natural Rights and a “Polite Form of Economic Imperialism”*, 29 VAND. J. TRANSNAT’L L. 415, 426-440 (1996) を引き合いに出しつつ、Ken Shao, *From Lockean Theory to Intellectual Property: Marriage by Mistake and its Incompatibility with Knowledge, Creativity and Dissemination*, 39 HONG KONG L. J. 401, 402(2010).

「普遍性の装い」、「社会的に通用する偽善」と呼んでもよいのかもしれない(知的財産権の文脈ではないが、遠藤乾「グローバル化2・0—安心安全の世界標準・規制づくりに向けて—」中央公論2013年3月号掲載予定の提示する用語)。

³⁵ DRAHOS & BRAITHWAITE, *supra* note 20, at 19-29, 191-192.

³⁶ かりにこの見立てが正しいとすると、条約の前文や目的規定は、抽象的であるがゆえに、加盟国全ての利益に均等に配慮しているという意味で、よりバランスのとれた「polite」な目的が掲げられている可能性が高く、それがゆえに個別具体的な条項に顕現する政策形成過程のバイアスを矯正する手段として用いungということになるのではないと思われる。本文ですぐ後に述べるように、TRIPS協定の前文や7条、8条の目的規定を活用する解釈論(Peter K. YU (安藤和宏訳)「TRIPS協定の目的と原則(1)～(2)」知的財産法政策学研究29～30号(2010年)には、この意味で、政策形成過程のバイアス矯正という意義を認めることができよう(田村・前掲注2・29頁)。

³⁷ 「普遍性の装い」「社会に通用する偽善」に対する遠藤・前掲注34の評価も参照。

このドーハ閣僚宣言等では、強制実施権などの細かな定めではなく、TRIPS協定の前文や7条、8条の目的規定を使って柔軟に解釈し、強制実施権の発動に対する制約を緩和する政治的な決着をもたらしました^{38 39}。

佐野亘先生は、すべての人が利己的に振る舞っても適切な政策アウトプットをもたらす制度をつくらうといった、彼から見ると古い公共選択の考え方には、無理があるのではないかと指摘しています。むしろその手続きの中で行動する人に、モラルなり価値観なりが存在していなければ、元来、制度はうまくいかないため、このモラルや価値観のようなものを考えた方がいのです⁴⁰。人間に利他的、互恵的に行動する契機が備わっており、現実の政策形成過程でも人々の共感に訴えるレトリックが用いられているのだとすれば、利他的、互恵的な観点に訴えるレトリックを用いながら、少しずつでも少数派バイアスなるものを矯正していく試行錯誤を続けることも全く無意味とまではいえないように思われてきます。その作業は、上に記したように、包摂モデルを用いた法学固有のものではないものも含まれますが、ともあれそうしたものもまた広い意味でのmuddling throughであることに違いはありません。

³⁸ RESOURCE BOOK ON TRIPS AND DEVELOPMENT, 484-495 (Cambridge University Press, 2005), Peter K. Yu (青柳由香訳)「国際的な囲い込みの動きについて(3)」知的財産法政策学研究18号10～29頁(2007年)。

³⁹ 人々の法規範に対する共感という観点に関しては、たとえば、外在的なサンクションなく人々が法を内面化して受け入れるとき、法は単なる外的視点ではなく、内的視点を獲得したとされ(H.L.A.ハート(矢崎光圀監訳)『法の概念』(1976年・みすず書房)97～100・107～108頁)、そのような法は「表出力」(expressive power)があるといわれる。Branislav Hazucha(田村善之＝丹澤一成訳)「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方—デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割—」知的財産法政策学研究24号63～66頁(2009年)は、著作権侵害を題材にして、いくらサンクションを高めても、かえって法に対する公衆の反発を招くという悪循環が起こるから、実効的な法制度を作るには、内的視点を獲得する法がどのようなものなのかということに関する分析を推奨している。

⁴⁰ 佐野亘「紛争解決型思考と問題解決思考」新世代法政策学研究 3号64, 78～80頁(2009年)。

3 muddling throughのためのメタファの選択

1) メタファによるバイアス

もともと、メタファによる muddling through を実施していく際には、メタファの構築や解釈が多義的であって、ゆえに操作可能であるということには注意を要します。しかも、認知言語学は、人が現実の世界を観察し解釈する際に、言語あるいはメタファに規定されていることを教えます⁴¹。

たとえば、一般に知的財産法の世界では、知的創作「物」もしくは無体「物」というものがあって、それを人間が利用しているというレトリックが頻繁に用いられています。そこでは、知的創作「物」あるいは無体物と、その利用「行為」は峻別されるということが前提とされている場合が多いように思われます。つまり、人間の利用行為があるのだけれど、それとは別に、その行為から切り離された行為の客体というものがある、という考え方が前提になっているように思われます。

しかしながら、実は両者の区別は相対的なものでしかありません。たとえば、特定のプログラムをネットワーク上で送信する行為というものをどのように捉えるのかという問題を考えます。

この点に関する著作権法の条文上の立場は明らかであり、これを行為だと考えています。特定のプログラムという著作物(無体物)を公衆送信する行為だと考えています。

他方で、特許法では同じ事象をどう捉えるのでしょうか。これは、実は出願書類中の出願人のクレーム(請求範囲)の書き方次第となります。たとえばクレームの記載によっては、特定のプログラムの送信方法というものが発明だと書くことができます。そして発明は、一般には無体物だといわれていますから、この送信方法、すなわち送信行為自体を無体物そのものとして把握することが可能となります。

この例から明らかになることは、何が無体「物」とみなされるかということ、実は対極にある利用「行為」の抽象化の程度によって決まるのだということなのです。「行為」を「公衆送信」という形でかなり具体的に

⁴¹ 松浦・前掲注16・3～4頁、G・レイコフ＝M・ジョンソン(渡部昇一他訳)『レトリックと人生』(1986年・大修館書房)7頁。

観念すれば、「無体物」はそこから除かれる「プログラム」だということになるでしょうし、逆に、「行為」をもう少し具体化が必要な「使用」という形の抽象的な定義に止めておけば、その具体化の作業は「無体物」のほうに回されて、たとえば、「(特定の)プログラムの送信方法」が無体物として観念されることになる、ということです。

そもそも哲学の世界では、無体物なるものが存在するのかということすら争われていますが⁴²、いずれにせよ、この例が端的に示しているように、人の行為から分離した知的創作物、ないしは無体物なるものを観念するのは、単なるフィクションに止まります。知的財産権は知的創作物の保護、あるいは情報の保護といわれたりするのですが、実際には、知的財産権は人の行為のパターンを制約する権利に過ぎないのです⁴³。

ところが、「知的創作物」の保護や「知的創作物」に対する権利というレトリックには、人の行為とは別に知的創作「物」というものがあり、それに対して権利を設定しているに過ぎないという暗黙の前提を無意識のうちに醸成してしまう、そのような意味でのメタファの力が発揮されるという問題があります⁴⁴。無体物、知的創作物と行為を峻別することが不可能だということになりますと、「知的創作物」という言い回しには、実際に規制されているのは人の行為であるにもかかわらず、それが人の行為とは無関係に切り離された何らかの客体であるかのような印象を与えるというメタファの力がある、換言すれば真実を覆い隠す効果があります⁴⁵。

⁴² Peter DRAHOS (山根崇邦訳)「A Philosophy of Intellectual Property(1)」知的財産法政策学研究34号26～27頁(2011年)

⁴³ 田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」同前掲注28・ライブ講義39～40頁。

⁴⁴ 知的財産権を例にとるものではないが、レイコフ＝ジョンソン・前掲注41・215～225頁も参照。

⁴⁵ Wendy J. Gordon「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号3～8頁(2006年)は、“intellectual property”の本質を、無体「物」や知的「財産」に見出す考え方は、“intellectual property”が、本来は、人と物との関係を規律するのではなく、人と人の関係を規律するものであることを見失わせてしまうことを指摘し、ゆえに、その本質は、多種多様な人の行為の中から類似するパターン(similitude in pattern)を規律するものであると捉えるべきことを提唱する。

2) メタファの力

したがって、知的財産権を把握するメタファとしては、少なくともここに二つの候補があることになります⁴⁶。

一つは、① 知的財産権を「発明」や「著作物」などの「知的創作物」ないし「知的財産」を保護する権利とみる伝統的なものの見方です。

他方は、先に示したように、② 知的財産権なるものは、他人の行為の規制に過ぎないとする見方です。

この二つの比喩のなかでは、私は、後者の②の比喩のほうが、人々の物理的な自由を確保するという命題が意識されることになるので望ましいと考えます。しかしながら、そもそも、このような物理的な自由を優先化する私の思考方法自体、何らかの認知的なバイアスに起因していると批判されるかもしれません。

この一見すると脱出することが困難な循環から抜け出す方策としては、第一に、物理的な自由はメタファの助けを借りることなく、物理的な環境の問題として実感しうるものであって⁴⁷、ゆえにメタファの議論を展開する前提として優先されるべきであるというものです。少なくとも私には、これはかなり説得力のある理屈のように映るのですが、しかし、かりに知的財産権の場合にこのような脱出方法が成り立ち得たとしても、メタファの選択を迫られる場面で常に一方にそのような特質が備わるわけではありません。もう少し普遍性のある脱出方法の獲得が望まれるところです。

そこで、第二に、より価値中立的であり、プロセス的なものとして、もし我々に複数のメタファの選択肢がある場合、政策形成過程に相対的に十分な影響力を行使し得ない者の利益をより保護することになるメタファのほうを選択するという方策を推奨することが考えられます。つまり政策形成過程のバイアスと逆方向のバイアス（といっても他のメタファに比して相対的にバイアスがかかっているという意味ですが）を有するメタファを採択するということです。このようなメタファをベースラインにすることで、政策形成過程のバイアスの問題をいくらかでも矯正することが期待

⁴⁶ 大屋・前掲 i ～ ii 頁も参照。

⁴⁷ レイコフ＝ジョンソン・前掲注41・18・27頁は、物理的な環境に起因する人の肉体的経験をメタファ以前に生じるものと措定している。

されます。このような方策にどの程度の効果があるのかは時と場合によるでしょうが、少なくともこれとは逆の選択、つまり政策形成過程と同一の方向のバイアスを有するメタファを選択してしまうという方策（しかし、現に知的財産法の世界では一般にそれが選択されているわけですが）よりは弊害が少ないように思います。

したがって、知的財産権の世界では、前述した②の選択肢を議論のベースに据えるべきです。たとえば、②が選択された場合、そして一般に考えられているように、知的財産権が存在すべき根拠が産業等の発展を促すために設けられているとすると（インセンティヴ論）、知的財産権は、Jeremy Waldron 先生が指摘するように、社会全体の利益のために人の行為を規制するものとして捉えられることになり、負担を課させることになる人の心理的な抵抗を増することになるでしょう^{48 49}。その場合、知的財産権の規制を唱導する者のほうが、公衆をしてそのような規制に対する得心を獲得させるためにより説得的な論拠を示す必要を迫られることになるでしょう

⁴⁸ Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT L. REV. 841, 862-864 (1993)

⁴⁹ 知的財産権の文脈ではないが、グイド・カラブレージ（松浦好治＝松浦以津子訳）『多元的社会の理想と法―「法と経済」からみた不法行為法と基本的人権―』（木鐸社・1989年）31頁は、自動車の導入によって必然的に招来された自動車事故の被害者（の遺族）に対して、自動車が社会全体に利便性をもたらしていることを理由に自動車を社会に導入することを正当化する議論を引き合いに出し、被害者は、自動車の利便性に関しては自分は他と同様の恩恵を受けているに過ぎないにも関わらず、なぜその不利益を自分だけが被らなければならないのかという主張を紹介する。松浦・前掲注16・112～113頁は、この種の例を念頭に置きつつ、社会全体の観点を強調する根拠付けは、「それは社会にとって有益であるかもしれないが、なぜ自分が社会の抑制にならなければならないのか」という反論を喚起するために、損失を分配される当事者にとっては、そのままでは受け入れがたいことを指摘する。

もっとも、知的財産権の場合には、特にそれが広汎に利用される「知的財産」である場合には、損失はあまねく公衆に負担されることになるから、説明が必要となるのは、むしろ、知的財産権がいわゆるインセンティヴ論の説くように社会的な見地からの制度であるとすれば、なぜ特定の人（＝知的財産権者）に特異的に利益が流れ込むのかということの説明のほうが肝要となるかもしれない。そのためにまさに必要とされるのが、自然権論であったり、次注で紹介する互酬的な観点であろう。

う⁵⁰。このようにして、ベイスラインとなる比喩の選択が、議論による *muddling through* の過程に波及していくことになります。

4) その他の例

このような、メタファーの選択と政策形成過程のプロセス的な側面にインタラクティブな関係があることを意識した議論は、すでに他の法学の分野にもその例をみることができます。

たとえば、長谷部恭男先生は、経済規制立法の違憲審査基準に関し、最判昭和50. 4. 30民集29巻4号572頁〔薬事法薬局距離制限〕が経済活動規制立法を積極的目的のものと消極的、警察的目的を持つものとに分類し、前者には「明白性の基準」を、後者には「厳格な合理性の基準」を採用するという立場を採用したことについて、次のような説明を試みています⁵¹。それによれば、民主的政治過程とは、多様な利益集団がそれぞれにとって有利な政策決定を獲得すべく抗争し妥協する過程であり、競争に買ったものが自らの私的利益にとって有利な立法や政治決定を獲得することができるという手続きである。そのような民主的な政治過程に対して、裁判所の任務は、多様な集団の政治活動が透明かつ公正に行われる環境を整えることに尽きる。そして、積極的目的の規制であれば特定の業界や団体の利益を守るものであることが明示されて立法がされたのであるから、司法の限界に鑑み違憲判断に謙抑的な態度をとることにも合理性が認められる反面、消極的目的を謳っている場合でも、立法過程の取引のコストを軽減するため立法目的としてより普遍的で正当らしくみえる公益の増進が掲げられている可能性があるから、隠されているかもしれない真の立法の目

⁵⁰ たとえば、特定の知的財産権の採用や強化が本当に所期の産業等の発展をもたらすのかということがより厳しく吟味されることになるだろうし、それとの相関において、インセンティブ論以外の消極的な正当化根拠の下支えがないと、何故、この場合に広汎な規制が許されるのかということの説明の必要性も高まることになる。その一つが、他人が労苦をかけて創作したことに対し報いるべきであるという、最終的には平等原理に根ざす互酬的な観点である。いわゆる自然権もこの文脈に位置づけることができるように思われる(参照、田村・前掲注39・44頁)。

⁵¹ 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店・1999年)77～80頁、同『比較可能な価値の迷路』(東京大学出版会・2000年)107～112頁。

的を顕在化するためにより厳しい違憲審査基準で臨むべきであるというのです。

もちろん、長谷部先生も正当に留保を付しているように⁵²、これは前掲最判を正当化する一つの説明の仕方ではなく、たとえば規制が自由を過度に抑圧する場合には厳格な違憲審査を歓迎すべきであるように思われますが、ともあれ本稿にとって肝要なことは、この説明の仕方が、政策形成過程のバイアスを睨みながら、それを矯正する方向でのメタファの選択（ここでは、立法によって擁護される利益を明示することにつながる積極的な規制目的の揭示）を推奨しているところが示唆的であるといえます。

4 結び

最後に、本報告の骨子をまとめておきます。

第一に、経済学に比した場合の法学固有の意義は、不断の漸進的な試行錯誤、すなわち *muddling through* に認められる。

第二に、法学ではメタファを用いた包摂モデルという法的思考様式は、究極的には平等原理に根ざしながら、この *muddling through* を実現する方策であると把握できる。

第三に、しかしながら、メタファの選択自体が、我々の世界の把握の仕方を規定し、その後の議論による *muddling through* に影響を与える。

第四に、ゆえに、メタファの選択が可能であるならば、政策形成過程におけるバイアスに抗する方向の力を有するメタファをベイスラインに据えることで、いわば認知バイアスでもって政策バイアスを中和しながら、*muddling through* に対する政策形成過程のバイアスの影響を少しでも抑制していくことが望まれる。

⁵² 長谷部・前掲注51・『迷路』112頁。